

**WYROK**  
**z dnia 28 kwietnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę: **B. S.A., (...)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Olsztyn, (...)**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: B. S.A., (...), i**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: B. S.A., (...), tytułem wpisu od odwołania,

**2.2. zasądza od wykonawcy: B. S.A., (...)** na rzecz zamawiającego: Gmina Olsztyn, (...) kwotę **3 750 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Olsztynie**.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Olsztyn – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „*Budowa zintegrowanego węzła przesiadkowego przy Dworcu Głównym w O.*”, numer referencyjny ZP.271.1.16.2017.G, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 marca 2017 r. pod numerem 2017/S 062-115493.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) została udostępniona na stronie internetowej zamawiającego <http://bip.olsztyn.eu> od dnia 29 marca 2017 r.

Odwołujący – B. S.A. z siedzibą w W. – wniósł odwołanie od czynności dokonanych przez zamawiającego – niezgodnych z przepisami ustawy Pzp – polegających na ustaleniu treści SIWZ w sposób naruszający bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa. Zarzucił zamawiającemu naruszenie w szczególności następujących przepisów:

- 1) art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art 15 ust. 1, art. 106b ust. 1 oraz art. 106e ust. 1 pkt 3-4 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2016 r. poz. 710, z późn. zm., dalej jako „ustawa o VAT”) oraz w zw. z art. 863 § 1 i 2 kc przez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień sprzecznych z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, uniemożliwiających wystawianie faktur przez spółkę cywilną, a w konsekwencji dokonywanie prawidłowych rozliczeń w przypadku realizacji zamówienia przez wspólników spółki cywilnej;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uniemożliwiający faktyczną możliwość realizacji zamówienia przez wspólników spółki cywilnej;  
ewentualnie:
- 3) art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp przez zaniechanie zawarcia w treści SIWZ istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie regulacji sposobu dokonywania rozliczeń, w sytuacji realizacji zamówienia przez wspólników spółki cywilnej.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu przesłanek interesu i szkody odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, w tym możliwością uczestnictwa w nim w ramach spółki cywilnej związanej w celu realizacji zdefiniowanego w ramach postępowania celu gospodarczego. W związku z tym, odwołujący może ponieść szkodę na skutek naruszenia ww. przepisów przez zamawiającego. Szkoda ta polega na zagrożeniu możliwości pozyskania zamówienia i realizacji kontraktu w zaplanowanej formie, tj. związanej w tym celu spółki cywilnej, w konsekwencji zagraża to również osiągnięciu zysku w związku realizacją zamówienia – obecny kształt postanowień SIWZ determinuje, że nie ma możliwości realizacji zamówienia w oparciu o zgodne z przepisami prawa postanowienia umowne.

Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2014 r., sygn. akt 527/14. Stwierdził, że wszystkie powyższe okoliczności dowodzą posiadania interesu we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto wskazał okoliczności świadczące o zachowaniu terminu do wniesienia odwołania oraz uiszczeniu wpisu od odwołania w wymaganej wysokości i przekazanie zamawiającemu kopii odwołania wraz z załącznikami.

Uzasadnienie odwołania.

## **I. Stan faktyczny**

1. Zamawiający w rozdziale XII ust. 4 pkt 8-13 SIWZ odniósł się w sposób szczegółowy do sytuacji złożenia oferty przez współników spółki cywilnej, jednoznacznie dopuszczając taką możliwość i wskazując, że w takiej sytuacji odpowiednie zastosowanie znajdują reguły odnoszące się do współników wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w formie konsorcjum.

2. Dopuszczenie możliwości złożenia oferty przez współników spółki cywilnej stanowi wyraz respektowania niekwestionowanego poglądu, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mogą wzajemne stosunki ułożyć w umowie spółki zwanej cywilną (art. 860 § 1 kc). Stronami umowy o zamówienie publiczne są w takiej sytuacji wspólnicy, którzy są wówczas solidarnie odpowiedzialni wobec zamawiającego za realizację zamówienia. Możliwość uregulowania formy prawnej współpracy przez zawarcie umowy spółki cywilnej jest dopuszczalna tak przed przystąpieniem do udziału w postępowaniu, w jego toku, a nawet po zawarciu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia umowy w sprawie zamówienia publicznego (opinia prawna UZP pt. *Możliwość zawarcia umowy spółki cywilnej przez członków konsorcjum po zawarciu umowy o zamówienie publiczne* (<https://www.uzp.gov.pl>). Stąd, tym bardziej potęguje to konieczność prawidłowej regulacji w umowie kwestii dotyczącej realizacji zamówienia w takiej formie.

3. W załączniku nr 3 do SIWZ (Wzór Aktu Umowy wraz z Warunkami Kontraktu) w klauzuli 1.14 lit. (d) Szczególnych Warunków Kontraktu (SWK), zamawiający odniósł się do sposobu

dokonywania rozliczeń w sytuacji, w której wykonawca występuje jako utworzone zgodnie z odpowiednim prawem konsorcjum (wykonawcy występujący wspólnie), wskazując że: *wszelkie rozliczenia finansowe i komunikację Zamawiający będzie prowadził wyłącznie Liderem, ze skutkiem dla Wykonawcy oraz każdego z członków konsorcjum, jednak Zamawiający ma prawo zmiany członka konsorcjum, z którym prowadzi rozliczenia lub komunikację, o ile w ocenie Zamawiającego będzie tego wymagała sprawna realizacja kontraktu, w szczególności w razie zagrożenia upadłością, ogłoszenia upadłości lub zaprzestania płatności na rzecz innych członków konsorcjum, lub podwykonawców; taka zmiana nie będzie uważana za Zmianę Kontraktu.*

4. Treść tej klauzuli przewiduje dokonywanie rozliczeń finansowych wyłącznie z Liderem – co oznacza między innymi otrzymywanie i wystawianie faktur wyłącznie przez Lidera, jak i podnoszenie wobec zamawiającego jakichkolwiek roszczeń (także kontraktowych) jedynie przez Lidera. Przełożenie powyższych postanowień na stan faktyczny, w ramach którego wykonawcy występują wspólnie jako wspólnicy spółki cywilnej oznaczałoby w konsekwencji, że niedopuszczalnym jest wystawienie faktury przez spółkę cywilną, jako odrębny podmiot prawno podatkowy.

5. Taką interpretację wskazanego postanowienia potwierdził zamawiający w analogicznym prowadzonym przez siebie postępowaniu pn. (ogłoszenie o zamówieniu z dnia 30.12.2015 r. Dz.U. U.E. nr 2015/S 252-461238), gdzie powołując się na klauzulę o identycznej treści wskazał, że w sytuacji powołania do realizacji kontraktu spółki cywilnej, nie będzie ona mogła zostać ujawniona w kontrakcie i nie będzie mogła wystawiać faktur na rzecz zamawiającego.

Dowód: korespondencja pomiędzy pełnomocnikami stron w postępowaniu pn. *Budowa (...) w O. od skrzyżowania (...) do projektowanej obwodnicy O.*

## **II. Skonkretyzowanie zarzutów i wniosków odwołującego**

1. W kontekście zaistniałego stanu faktycznego odwołujący podkreślił, że spółka cywilna jako jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej z punktu widzenia prawno podatkowego jest odrębnym podatnikiem VAT od wspólnika tej spółki. Wynika to z treści art. 15 ust. 1 ustawy o VAT, potwierdzone też zostało w licznych wypowiedziach orzeczniczych – przykładowo w wyroku NSA z dnia 30 maja 1996 r., sygn. akt SA/Sz 2187/95. Zgodnie z art. 96 ustawy o VAT wspólnicy winni dokonać rejestracji podatkowej spółki cywilnej i uzyskują odrębny od siebie Numer Identyfikacji Podatkowej – art. 8a ustawy o ewidencji podatników. Od tej chwili przy każdej czynności i dokumentach związanych z wykonywaniem zobowiązań podatkowych wykonawcy wspólnie działający jako „spółka cywilna” zobowiązani są do podawania NIP nadanego spółce cywilnej, co wynika z art. 11 ustawy o ewidencji podatników oraz posługiwać się tym numerem w obrocie prawnym i gospodarczym, co z kolei wynika z art. 16 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. W szczególności wykonawcy realizujący wspólnie zamówienie jako „spółka cywilna”

zobowiązani są do wystawienia na rzecz zamawiającego faktury podając nazwę podatnika jakim jest spółka cywilna i posługując się numerem NIP właściwym dla spółki cywilnej, co wynika z art. 106b i art. 106e ust. 1 pkt 3-4 ustawy o VAT.

2. Biorąc pod uwagę powyższe, a także fakt, że przepisy ustawy o podatku od towarów i usług, zawierające nakaz dokumentowania zdarzenia gospodarczego fakturą VAT, przypisują fakturze szczególną rolę dowodową w postępowaniu dotyczącym tego podatku, wyrażającą się wiążącym charakterem dokumentowania rzeczywistego przebiegu zdarzeń gospodarczych (wyrok NSA z dnia 1 października 2002 r., sygn. akt SA/Ka 1482/01), każdy z podmiotów prawa podatkowego obowiązany jest do prawidłowego wystawiania faktur VAT, co w przypadku spółki cywilnej oznacza konieczność wystawiania faktur właśnie przez tę spółkę. Prawidłowość materialnoprawna faktury zachodzi wówczas, gdy odzwierciedla ona prawdziwe zdarzenie gospodarcze. Oznacza to, że nie można uznać za prawidłowej faktury, gdy sprzecznie z jej treścią wykazuje zdarzenie gospodarcze, które wprawdzie zaistniało, tyle że między innymi podmiotami. Faktura jako dokument będący podstawą rozliczenia między stronami, a zarazem dowód księgowy w postępowaniu podatkowym, powinna odzwierciedlać faktycznie dokonane transakcje podmiotu gospodarczego.

3. Wszystkie powyższe okoliczności świadczą o tym, że ograniczenie możliwości wystawienia faktury VAT przez spółkę cywilną jest sprzeczne z postanowieniami ustawy o VAT i uniemożliwia prawidłową rejestrację zdarzenia gospodarczego w postaci realizacji zamówienia przez wspólników spółki cywilnej. Nadto, odwołujący wskazał, że art. 863 kc stanowiący, że w trakcie trwania umowy spółki cywilnej między wspólnikami co do majątku wspólnego trwa współwłasność łączna jest także przepisem bezwzględnie obowiązującym. Oznacza to, że roszczenia wykonawców wspólnie realizujących zamówienie jako „spółka cywilna” powstałe i podnoszone wobec zamawiającego są objęte współwłasnością łączną i zamawiający nie może tego zmienić opisem SIWZ klauzuli 1.14 WSzK.

4. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, odwołujący wniósł o modyfikację treści SIWZ – Załącznik nr 3 – Szczególne Warunki Kontraktu – klauzuli 1.14 lit. (d) przez nadanie jej następującego brzmienia:

*co do zasady wszelkie rozliczenia finansowe i komunikację Zamawiający będzie prowadził wyłącznie z Liderem, ze skutkiem dla Wykonawcy oraz każdego z członków konsorcjum, jednak Zamawiający ma prawo zmiany członka konsorcjum, z którym prowadzi rozliczenia lub komunikację, o ile w ocenie Zamawiającego będzie tego wymagała sprawna realizacja kontraktu, w szczególności w razie zagrożenia upadłością, ogłoszenia upadłości lub zaprzestania płatności na rzecz innych członków konsorcjum lub podwykonawców; taka zmiana nie będzie uważana za Zmianę Kontraktu. W przypadku realizacji zamówienia przez wspólników spółki cywilnej rozliczenia finansowe z Zamawiającym mogą być dokonywane bezpośrednio przez spółkę cywilną.*

### III. Podsumowanie

1. Reasumując, w świetle powyżej wskazanych bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, jako wspólnicy spółki cywilnej zawierają z zamawiającym umowę w swoim imieniu, jednakże strony umowy zobowiązane są wskazać w jej treści firmę i formę oraz NIP dla spółki cywilnej. Także w trakcie realizacji zamówienia we wszelkiej dokumentacji winni się oni posługiwać oznaczeniem spółki cywilnej, w szczególności to „spółka cywilna” wystawia dla zamawiającego faktury za wykonane przez wspólników roboty.

2. W związku z tym, przepis klauzuli 1.14 pkt (d) WSzK, załącznik nr 3 do SIWZ narusza przywołane w treści pisma bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, nadto należy go uznać za nieważny w świetle art. 58 kc. Naruszenie wskazanych przepisów prawa doprowadza w konsekwencji do tego, że wspólnicy spółki cywilnej, chcąc wywiązać się z nałożonych na nich obowiązków wynikających chociażby z regulacji prawno-podatkowych, nie mogliby ubiegać się o udzielenie zamówienia i realizację umowy w takim kształcie, bez ponoszenia negatywnych konsekwencji prawno-podatkowych.

3. Jak zostało podkreślone powyżej, taką interpretację wskazanej klauzuli, uniemożliwiającą respektowanie powyższych zasad rozliczeń wymaganych przepisami prawno-podatkowymi, zaprezentował zamawiający w analogicznym postępowaniu, stąd też podstawowym zarzutem odwołującego jest przekroczenie przez zamawiającego granicy swobody umów w tym zakresie. Z daleko posuniętej ostrożności, w razie uznania, że taka interpretacja nie znajduje umocowania w cytowanych postanowieniach Szczególnych Warunków Kontraktu, odwołujący wskazał na konieczność uregulowania tej kwestii i oparł swój zarzut ewentualny na treści art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w związku z przedstawioną powyżej argumentacją, skorzystanie ze środka ochrony prawnej i jego żądania są w pełni uzasadnione i konieczne.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

1) oddalenie odwołania; 2) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania wg rachunków przedłożonych na rozprawie.

W uzasadnieniu pisma zamawiający wskazał. (...)

### **II. Stanowisko zamawiającego w zakresie zarzutów**

(2) Zarzuty odwołania są niezasadne. Kwestionowane postanowienia SIWZ są zgodne z prawem, mieszczą się w ramach granicy swobody umów, a zamawiający może dowolnie kształtować zasady rozliczeń z wykonawcami wspólnie wykonującymi przedmiot zamówienia.

W szczególności żaden przepis prawa nie zabrania zamawiającemu ukształtowania stosunku cywilnoprawnego z wykonawcami występującymi wspólnie w sposób, w jaki

dokonał tego we wzorze umowy. Wręcz przeciwnie, kwestionowane rozwiązania w części wręcz powielają przepisy Kodeksu cywilnego, a odwołujący dąży do ograniczenia uprawnień zamawiającego przysługujących mu na mocy Kodeksu cywilnego.

Dodatkowo zamawiający podkreślił, że za takim ukształtowaniem stosunku cywilnoprawnego przemawiają ważne względy, które przedstawił w dalszej części uzasadnienia.

## **II. 1. Warunki formalne odwołania**

(3) Zamawiający nie kwestionował warunków formalnych odwołania, jak również nie kwestionował interesu *prawnego* odwołującego.

## **II. II. Spółka cywilna jako wykonawca w zamówieniach publicznych**

(4) Zamawiający przedstawił pozycję spółki cywilnej – podmiotu nie posiadającego żadnej osobowości prawnej – jako wykonawcy w zamówieniach publicznych. Uznał, że odwołujący nieprawidłowo oceniał status tego podmiotu.

Spółka cywilna nie posiada statusu przedsiębiorcy ani w rozumieniu art. 43<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego, ani art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Zgodnie z art. 860 Kodeksu cywilnego spółka cywilna jest stosunkiem prawnozobowiązaniowym, którego istotą jest dążenie do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. Spółka cywilna nie tworzy odrębnych struktur organizacyjnych, jest jedynie umową zawartą przez jej wspólników, której żaden przepis Kodeksu cywilnego nie przyznaje zdolności prawnej odrębnej od zdolności jej wspólników (KIO w wyroku z dnia 28 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2658/11, KIO 2662/11). Za przedsiębiorców uważa się natomiast wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej (art. 4 ust. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej).

Zatem, wykonawcami w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp są wspólnicy spółki cywilnej, których udział w postępowaniu traktowany jest jako wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia, natomiast podstawą prawną udziału spółki cywilnej w postępowaniu jest art. 23 ustawy Pzp.

Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył udziału wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Działając zgodnie z przepisami prawa, zamawiający określił natomiast sposób rozliczeń w sytuacji wielości wykonawców (wielości podmiotów po stronie wierzycieli zobowiązania pieniężnego inwestora).

(5) (6) (7) Zamawiający wskazał uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2014 r., wyrok KIO z dnia 7 maja 2010 r., KIO/UZP 708/10 oraz Informator UZP 2010, nr 8, s. 9-11.

Podsumowując stwierdził, to wspólnicy spółki cywilnej, a nie – spółka, są podmiotami praw i obowiązków z tytułu prowadzonej działalności. Dlatego przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej na gruncie ustawy Prawo zamówień

publicznych należy traktować jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27 maja 2005 r. UZP/ZO/0-1089/05).

Tym samym, przyjęta przez wykonawców forma prawna współpracy nie ma wpływu na kwestię odpowiedzialności za należyte wykonanie umowy i za wniesienie zabezpieczenia. Z punktu widzenia zamawiającego bez znaczenia są więc postanowienia – czy to umowy konsorcjalnej, czy to umowy spółki cywilnej, określające prawa i obowiązki poszczególnych podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego związane z realizacją wspólnego celu, jakim jest wywiązanie się z zawartej z zamawiającym umowy. Ewentualne uzgodnienia dokonane przez wykonawców mogą mieć znaczenie jedynie dla wzajemnych rozliczeń wykonawców.

Zgodnie z art. 23 ust. 4 Pzp, jeżeli oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zostanie wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców.

(8) Przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2012 r., KIO 1542/12.

(9) Odwołujący wskazał, że:

1. wykonawcy występujący wspólnie mogą, ale nie muszą realizować swoją współpracę w formie spółki cywilnej (konsorcjum może, ale nie musi być spółką cywilną),
2. składającymi ofertę oraz realizującymi zamówienie są wykonawcy, a nie spółka cywilna, która nie ma osobowości prawnej.

## **II. III. Prawna dopuszczalność wprowadzenia do wzoru umowy kwestionowanego opisu oraz przyczyny, jakie leżały u podstaw takich rozwiązań umownych**

(10) Zamawiający podkreślił jednak, że o ile w zakresie odpowiedzialności za wykonanie umowy względem zamawiającego (solidarność dłużników) sytuacja jest jasna, gdyż wykonawcy występujący wspólnie, czy to w formie spółki cywilnej, czy w formie umowy konsorcjum nie powodującej powstania stosunku spółki, są zawsze odpowiedzialni solidarnie względem zamawiającego za spełnienie świadczenia, to już w drugą stronę (wielości wierzycieli – w przypadku świadczenia pieniężnego jakim jest zapłata wynagrodzenia, dłużnikiem jest zamawiającym, a wierzycielami są wykonawcy), sprawa jest dużo bardziej skomplikowana, a pozostawienie bez zmian rozwiązań kodeksowych zagraża istotnemu interesowi zamawiającego oraz grozi spowodowaniem rażącej szkody u zamawiającego zwłaszcza w przypadku zamówień współfinansowanych z UE.

(11) W sytuacji wielości po stronie wierzycieli:

1. przy świadczeniu podzielnym, a takim jest zawsze zobowiązanie pieniężne, wierzytelność dzieli się na tyle niezależnych od siebie części, ilu jest wierzycieli. Części te są równe, jeżeli z okoliczności nie wynika nic innego (art. 379 § 1 kc);

lub



2. przy solidarności wierzycieli (art. 367 § 1 kc), *kilku wierzycieli może być uprawnionych w ten sposób, że dłużnik może spełnić całe świadczenie do rąk jednego z nich, a przez zaspokojenie któregośkolwiek z wierzycieli dług wygasa względem wszystkich (solidarność wierzycieli)*. I dalej, zgodnie z § 2: *Dłużnik może spełnić świadczenie, według swego wyboru, do rąk któregośkolwiek z wierzycieli solidarnych. Jednakże w razie wytoczenia powództwa przez jednego z wierzycieli dłużnik powinien spełnić świadczenie do jego rąk*.

(12) Przepisy Kodeksu cywilnego w przypadku solidarności po stronie wierzycieli, która występuje w przypadku, gdy kilku wierzycieli ułoży swój stosunek prawny w formie spółki cywilnej, już na bazie przepisów kodeksowych bez żadnej ich modyfikacji, to zamawiający co do zasady decyduje, komu płaci (art. 367 § 2 kc i określenie „wg swojego wyboru”). Nie sposób zatem nie dostrzec sytuacji, że odwołujący żądając modyfikacji SIWZ przez wprowadzenie opisu o treści: *W przypadku realizacji zamówienia przez wspólników spółki cywilnej, rozliczenia finansowe z Zamawiającym mogą być dokonywane bezpośrednio przez spółkę cywilną domaga się ograniczenia zamawiającego w realizacji jego kodeksowych uprawnień*.

(13) Na kanwie wyżej wskazanych przepisów i wynikających z nich zasad, dla inwestora (zamawiającego), zwłaszcza przy robotach budowlanych oraz w sytuacji sporu pomiędzy konsorcjantami (co bynajmniej wg doświadczeń zamawiającego i jego pełnomocników jest dosyć częste), jawią się następujące trudności:

1. inwestor (nie tylko zamawiający publiczny, ale każdy inwestor), może do końca inwestycji nie wiedzieć, czy konsorcjanci występują względem niego jako dłużnika jako wierzyciele solidarni, czy też jedynie jako kilku wierzycieli (orzecznictwo niesie ku temu liczne przykłady),
2. inwestor nie wie, w jakiej części i komu ma świadczyć dane świadczenie częściowe (częściową zapłatę-wg terminologii FIDIC, zapłatę z Przejściowego Świadectwo Płatności),
3. jeżeli wykonawcy wejdą w spór (określając kolokwialnie pokłóćą się o pieniądze), to typową sytuacją, z jaką wówczas inwestor ma do czynienia, są rozbieżne żądania zapłaty z danej faktury.

(14) Każdy poważny inwestor dbający o właściwą realizację i rozliczenie kontraktu, i to zarówno publiczny, jak i prywatny, będzie zatem dążyć do jednoznacznego określenia już we wzorze umowy podmiotu, na rzecz którego ma spełnić świadczenie pieniężne. Z punktu widzenia ochrony praw inwestora, wysoce niepożądana jest sytuacja, w której tak naprawdę oznaczenie wierzyciela (jednego, kilku bądź wszystkich spośród wykonawców występujących wspólnie), na rzecz którego spełniane jest świadczenie pieniężne, oddawane jest w ręce tychże wykonawców.

(15) W sytuacji wielopodmiotowości po stronie wierzycieli – wykonawców, przy braku wśród nich solidarności, jak wynika z art. 379 § 1 kc, podział świadczenia zależy tak naprawdę od wierzycieli. W sytuacji sporu, brak jest pewności po stronie dłużnika – inwestora – czy spełnił swoje świadczenie w sposób skuteczny.

W sytuacji solidarności po stronie wierzycieli, co do zasady to dłużnik – inwestor – ma swobodę (por. 367 § 1 i 2 kc) wyboru, na rzecz którego z wierzycieli solidarnych spełnia świadczenie i bynajmniej nie musi tego robić na rzecz obu łącznie. Żądanie odwołania w tym zakresie jest zatem próbą ograniczenia uprawnień zamawiającego przysługujących mu na mocy Kodeksu cywilnego.

Dodatkowo, przy solidarności wierzycieli, w razie wytoczenia powództwa przez jednego z wierzycieli dłużnik powinien spełnić świadczenie do jego rąk. A jeżeli powództwo wytoczy osobno dwóch wierzycieli? Złożenie przedmiotu świadczenia do depozytu sądowego dla każdego praktyka nie jest żadnym rozwiązaniem, o czym dalej.

(16) Zamawiający podkreślił, że zamówienie jest współfinansowane z UE. Warunkiem kwalifikowalności każdego wydatku jest jego poniesienie, czyli rzeczywista zapłata na rzecz wykonawcy na podstawie dokumentu księgowego, jakim jest faktura. W innym wypadku beneficjent – zamawiający – nie ma szans złożenia prawidłowego wniosku o płatność i uzyskania refinansowania wydatku.

W sytuacji sporu pomiędzy konsorcjantami, zamawiający nie wie, komu ma płacić. Z praktyki realizacji kontraktów zamawiający wskazał, że pojawiają się bądź to próby szantażu ze strony niezadowolonych członków konsorcjum (odmowa wykonania dalszych prac), bądź to wystawianie różnych faktur za tę samą robotę, bądź to wręcz odmowa wystawienia faktur; wreszcie żądanie rozbijania płatności z danej faktury na rzecz różnych konsorcjantów nie sumujące się do 100% wartości faktury. Możliwych komplikacji są dziesiątki. W każdym z tych przypadków zamawiający ma poważne problemy, a z reguły niemożność uzyskania refinansowania ze środków UE. Spór pomiędzy konsorcjantami powoduje zatem wymierną szkodę majątkową u zamawiającego.

Złożenie przedmiotu świadczenia do depozytu sądowego nie jest żadnym rozwiązaniem. Wydolność sądów w zakresie rozpoznawania takich spraw nie jest zadawalająca, a brak dowodu w postaci faktury oraz brak zapłaty na rachunek wykonawcy, uniemożliwia uzyskanie refinansowania. Spoczywanie kwot pieniężnych na rachunku depozytowym sądu i niemożność sięgnięcia po nie przez wykonawców będących w sporze w praktyce wyklucza dalsze prowadzenie robót. Niezależnie od przyczyn i racji, nikt nie będzie realizował budowy, za którą nie otrzyma w rozsądnym okresie czasu zapłaty. Rozstrzygnięcie sporu pomiędzy konsorcjantami zajmuje lata – więcej niż okres trwania robót budowlanych.

(17) Pełnomocnik zamawiającego wskazał, że kancelaria której jest partnerem zarządzającym zrealizowała od 16 lat kilkadziesiąt inwestycji opartych o FIDIC, o łącznej

wartości przekraczającej kilka miliardów złotych. Kwestionowany obecnie opis był stosowany we wszystkich tych kontraktach i nigdy nie budził wątpliwości. W praktyce realizacji i sporach pomiędzy konsorcjantami, dzięki takiemu jednoznacznemu unormowaniu jednopodmiotowości po stronie odbiorcy świadczenia pieniężnego, sporów w konsorcjach nie można było przenosić na stosunek względem zamawiającego – inwestora.

(18) Jest to jeden z podstawowych opisów chroniących interesy inwestora, nie tylko niesprzeczny z Kodeksem cywilnym, ale wręcz powielający częściowo (w zakresie solidarności po stronie wierzycieli) rozwiązania kc i stąd zamawiający nie może wyrazić zgody na odstępianie od wieloletniej praktyki stosowania tej klauzuli.

Na marginesie zamawiający jedynie wskazał, że problemy związane z możliwością braku wspólnej, jednolitej artikulacji stanowiska na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dostrzegł zarówno ustawodawca polski, jak i unijny; statuując instytucję ustanowienia pełnomocnika dla celów postępowania. Wymogi szybkiego, sprawnego i skutecznego przeprowadzenia postępowania wymagają, aby stanowisko wykonawców występujących wspólnie było jednolicie artykułowane w tym postępowaniu. Rozwiązania zaskarżonej klauzuli, wprowadzające pewność w zakresie rozliczeń również w razie sporu, są zgodne nawet z duchem ustawy Pzp.

#### **II. IV. Swoboda umów i brak jej naruszenia przez zamawiającego**

(19) W kontekście powyższego, zupełnie nietrafione są zarzuty odwołującego odnoszące się do rzekomego naruszenia przez zamawiającego zasady swobody umów. Jak wskazano wcześniej, treść przedmiotowej klauzuli jest zgodna z Kodeksem cywilnym. W zakresie sytuacji, w której przy wielości wierzycieli (wykonawców) występuje styk z solidarnością, wręcz kopiuje ona rozwiązanie kodeksowe (dłużnik może spełnić świadczenie wg swojego wyboru na rzecz dowolnego z wierzycieli solidarnych, a zobowiązanie wygasa względem wszystkich). W sytuacji, w której po stronie wierzycieli nie ma solidarności, zaskarżona klauzula modyfikuje normę Kodeksu cywilnego o charakterze *ius dispositivum*. Rozwiązanie kodeksowe, polegające na podziale świadczenia pieniężnego na tyle części, ilu jest wierzycieli, jest w praktyce realizacji kontraktów niezyciowe i niepraktyczne.

(20) (21) (22) Zamawiający wskazał wyroki KIO 448/13 z dnia z dnia 13 marca 2013 r., KIO 1019/12 z dnia 5 czerwca 2012 r. i KIO 1442/11 z dnia 20 lipca 2011 r.

(23) Zasada swobody umów nie doznaje zatem w żadnym wypadku ograniczenia.

Reasumując, zamawiający wskazał, że odwołanie jako bezzasadne winno ulec oddaleniu.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, zatem rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Skuteczność wniesienia odwołania określonego w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, oceniana jest na dzień wniesienia odwołania w kontekście interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu. Przesłanki te obligatoryjne są w przypadku wniesienia odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zasygnalizował w odwołaniu w części uzasadniającej interes i szkodę, że zainteresowany jest udziałem w postępowaniu, w tym możliwością uczestniczenia w ramach spółki cywilnej zawiązanej w celu realizacji zdefiniowanego w ramach postępowania celu gospodarczego (zdarzenie przyszłe i niepewne). Odnośnie wykazania możliwości poniesienia szkody wskazał, że jest nią niemożność pozyskania zamówienia przez spółkę cywilną, jaką zamierza zawiązać w celu uczestniczenia w postępowaniu i niemożność realizacji umowy przez tę spółkę, nie konkretyzując okoliczności powodujących poniesienia szkody, w sytuacji gdy wykonawcą realizującym zamówienie byłoby – zgodnie z zasadą realizacji zamówienia przez wykonawców wspólnie uczestniczących w zamówieniu – wspólnicy spółki cywilnej.

Odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że w ramach wykonywanej kontroli czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, związana jest zarzutami zawartymi w odwołaniu (art. 180 ust. 1 i art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

W odwołaniu, którego przedmiotem są postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, znaczenie mają żądania odwołującego w zakresie postulowanej zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bowiem to one wyznaczają zakres dokonywanego w sprawie rozstrzygnięcia. W przypadku odwołania dotyczącego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ocena zarzutów podniesionych w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do ich nowej treści. To podmiot odwołujący formułując swoje żądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie wskazuje opisy, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. W takim przypadku zarzuty wyartykułowane przez odwołującego należy rozpatrywać łącznie ze

sformułowanymi żądaniami oraz ich podstawami faktycznymi (wyrok z dnia 5 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1019/12).

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wielokrotnie i jednoznacznie opisał w szczegółowy sposób status wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w tym wykonawców biorących udział w postępowaniu jako wspólników spółki cywilnej, a także regulacje dotyczące przyszłej umowy o wykonanie zamówienia publicznego z udziałem wykonawców wspólnie realizujących zamówienie.

1. W Rozdziale VI pt. „*Informacje o oświadczeniach i dokumentach, jakie muszą być dołączone do oferty*”, zamawiający opisał w pkt 7 i 9 wymagania dotyczące wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

2. W Rozdziale XI pt. „*Opis sposobu przygotowania oferty*”, w pkt 4 „*Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia*”, zamawiający wskazał wymagania, w tym w ppkt 8-13 dotyczące wspólników spółki cywilnej:

„*Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia, a oferta taka spełniać musi następujące wymagania:*

1) *Wykonawcy muszą ustanowić Pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia albo do reprezentowania ich w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pełnomocnictwo musi być podpisane przez osoby upoważnione do reprezentowania poszczególnych Wykonawców i w formie oryginału lub w kopii poświadczonej notarialnie musi znajdować się w ofercie wspólnej Wykonawców. Pełnomocnictwo może być udzielone w szczególności: a) łącznie przez wszystkich Wykonawców (jeden dokument), b) oddzielnie przez każdego z nich (tyle dokumentów ilu Wykonawców).*

*W każdym jednak przypadku w treści dokumentu / Pełnomocnictwa zaleca się wymienić wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i wskazać ich Pełnomocnika,*

2) *Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia solidarnie odpowiadają za podpisanie umowy, wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy,*

3) *w ofercie powinien być podany adres do korespondencji i kontakt telefoniczny z pełnomocnikiem Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wszelka korespondencja dokonywana będzie wyłącznie z podmiotem występującym jako Pełnomocnik,*

4) *przed podpisaniem umowy (w przypadku wygrania postępowania) Wykonawcy składający ofertę wspólną (zwani dalej konsorcjum) będą mieli obowiązek przedstawić Zamawiającemu umowę regulującą współpracę, która powinna zawierać: a) określenie członków konsorcjum, poprzez podanie nazw podmiotów, siedzib, numer odpowiedniej*

ewidencji (działalności gospodarczej, wpisu do właściwego rejestru), b) wskazanie celu gospodarczego ustanowienia konsorcjum, w sposób precyzyjny wskazać nazwę inwestycji, jej lokalizację, określenie inwestora (zamawiającego), c) określenie udziału stron umowy w realizacji przedmiotu zamówienia, d) szczegółowy podział prac, który jasno określi punkty styku między konsorcjantami podczas realizacji przedmiotu zamówienia, e) określenie lidera konsorcjum, jego praw i obowiązków, f) postanowienia dotyczące wygaśnięcia umowy konsorcjum, określenie czasu obowiązywania umowy, który nie może być krótszy, niż okres obejmujący realizację zamówienia oraz czas trwania gwarancji jakości i rękojmi. Datą rozpoczęcia funkcjonowania konsorcjum może być dzień podpisania umowy lub wskazana w umowie inna data. Istotne jest, aby konsorcjum było powołane najpóźniej w dniu upływu terminu składania ofert,

- 5) w odniesieniu do wymagań postawionych przez Zamawiającego, a) każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oddzielnie musi udokumentować, że nie podlega wykluczeniu na podstawie przesłanek zawartych w art. 24 ust. 1 ustawy, oraz o których mowa w ust. 7 rozdziału V SIWZ. b) Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia spełnianie warunków udziału w postępowaniu wykazują zgodnie z ust. 2 rozdział V SIWZ,
- 6) sposób składania dokumentów w ofercie wspólnej: a) dokumenty, dotyczące własnej firmy, takie jak np.: odpis z właściwego rejestru, jednolity dokument (JEDZ), oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, itp. – składa każdy z Wykonawców składających ofertę wspólną w imieniu swojej firmy, b) dokumenty wspólne takie jak np.: Formularz Ofertowy, wykaz wykonanych robót, wykaz osób kadry kierowniczej, itp. składa pełnomocnik Wykonawców w imieniu wszystkich Wykonawców składających ofertę wspólną,
- 7) wypełniając Formularz Ofertowy, jak również inne dokumenty powołujące się na „Wykonawcę”; w miejscu „np. nazwa i adres Wykonawcy” należy wpisać dane Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie,
- 8) wspólnicy spółki cywilnej są traktowani jak Wykonawcy składający ofertę wspólną i mają do nich zastosowanie zasady określone w ust. 4 niniejszego rozdziału. Spółka cywilna ubiegająca się o zamówienie musi wyznaczyć pełnomocnika do jej reprezentowania. Ustawowe zasady reprezentacji spółki cywilnej zezwalające każdemu wspólnikowi na jej reprezentowanie w takich granicach, w jakich jest uprawniony do prowadzenia jej spraw, nie spełniają bowiem wymogu z art. 23 ustawy. Zakłada on, że członków konsorcjum ubiegających się wspólnie o zamówienie reprezentować może nie każdy z jego uczestników, jak to ma miejsce w przypadku spółki cywilnej, lecz tylko jeden z nich,
- 9) w przypadku spółki cywilnej art. 23 ust. 2 ustawy nie będzie miał zastosowania, jeżeli oferta zostanie podpisana przez wszystkich wspólników,

- 10) w przypadku spółki cywilnej dokumentem potwierdzającym, że Wykonawca nie zalega z uiszczaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne jest zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS dotyczące indywidualnie każdego ze współników spółki cywilnej o niezaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,
- 11) w przypadku spółki cywilnej dokumentem potwierdzającym, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków jest zaświadczenie właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego dotyczące indywidualnie każdego ze współników o niezaleganiu z opłatą podatku dochodowego oraz zaświadczenie wystawione na spółkę cywilną o niezaleganiu z opłatą podatku VAT, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,
- 12) w przypadku spółki cywilnej dokumentem potwierdzającym, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania: a) w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13) i 14) ustawy jest aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, b) w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21) ustawy jest aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert – w sytuacji, kiedy współnikami spółki cywilnej są spółki kapitałowe odrębne zaświadczenia dla samej spółki, jako podmiotu zbiorowego,
- 13) obligatoryjny wymóg zawierania umowy spółki cywilnej nie istnieje, jeżeli wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia są małżonkowie, którzy prowadzą przedsiębiorstwo stanowiące ich współwłasność łączną. W takim przypadku Zamawiający nie może także żądać od małżonków zawarcia przez nich umowy regulującej ich współpracę.”

3. W Rozdziale XV pt. „Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy” zamawiający wskazał:

„1. Przed podpisaniem umowy Wykonawca, którego oferta uznana zostanie za najkorzystniejszą, zobowiązany będzie do: (...) 4) dostarczenia umowy regulującej współpracę Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jeżeli oferta tych Wykonawców zostanie wybrana, dotyczy to również współników prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej.”

4. W Rozdziale XVI pt. „Zawieranie umowy oraz istotne dla zamawiającego postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy”, zamawiający wskazał:

„1. Zamawiający ustala ogólny wzór Aktu Umowy wraz z Ogólnymi i Szczególnymi Warunkami Kontraktu na realizację zamówienia – wg załącznika nr 3 do SIWZ.

(...)

2. Zakres świadczenia Wykonawcy wynikający z podpisanej umowy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.”

5. W Załączniku nr 3 do SIWZ pt. „AKT UMOWY KONTRAKT NR: ...”, zamawiający wskazał w punkcie:

„1.14 Solidarna odpowiedzialność

*Klauzula otrzymuje brzmienie:*

*Jeżeli jako Wykonawca występuje utworzone zgodnie z odpowiednim prawem konsorcjum (wykonawcy występujący wspólnie) to:*

- (a) członkowie konsorcjum odpowiadają solidarnie wobec Zamawiającego za realizację Kontraktu; oraz*
- (b) członkowie konsorcjum powiadomią Zamawiającego o osobie Lidera konsorcjum, który będzie miał prawo podejmowania decyzji wiążących Wykonawcę oraz każdego z członków konsorcjum, wraz z prawem do podpisywania Zmian do Kontraktu; oraz*
- (c) Wykonawca nie zmieni swojego składu do wystawienia Świadczenia Wykonania; oraz*
- (d) wszelkie rozliczenia finansowe i komunikację Zamawiający będzie prowadził wyłącznie z Liderem, ze skutkiem dla Wykonawcy oraz każdego z członków konsorcjum; jednak Zamawiający ma prawo zmiany członka konsorcjum, z którym prowadzi rozliczenia lub komunikację, o ile w ocenie Zamawiającego będzie tego wymagała sprawna realizacja kontraktu, w szczególności w razie zagrożenia upadłością, ogłoszenia upadłości lub zaprzestania płatności na rzecz innych członków konsorcjum lub podwykonawców; taka zmiana nie będzie uważana za Zmianę Kontraktu; oraz*
- (e) kopia umowy konsorcjum poświadczona za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę będzie załączona do Kontraktu,*
- (f) członkowie Konsorcjum są odpowiedzialni solidarnie względem Zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia podwykonawców.”*

Odwołujący podnosząc zarzuty dokonania czynności i zaniechania czynności przez zamawiającego, które powodują naruszenie przepisów:

- 1) art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art 15 ust. 1, art. 106b ust. 1 oraz art. 106e ust. 1 pkt 3-4 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług oraz w zw. z art. 863 § 1 i 2 kc przez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień sprzecznych z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, uniemożliwiających wystawianie faktur przez spółkę cywilną, a w konsekwencji dokonywanie prawidłowych rozliczeń w przypadku realizacji zamówienia przez wspólników spółki cywilnej;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uniemożliwiający faktyczną możliwość realizacji zamówienia przez wspólników spółki cywilnej;



ewentualnie:

3) art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp przez zaniechanie zawarcia w treści SIWZ istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie regulacji sposobu dokonywania rozliczeń, w sytuacji realizacji zamówienia przez wspólników spółki cywilnej

oraz żądając nakazania zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, tj. wyłącznie dodania w załączniku nr 3 do SIWZ – AKT UMOWY KONTRAKT NR: ... – w punkcie „1.14 Solidarna odpowiedzialność”, w podpunkcie oznaczonym lit. d) zdania: „W przypadku realizacji zamówienia przez wspólników spółki cywilnej rozliczenia finansowe z Zamawiającym mogą być dokonywane bezpośrednio przez spółkę cywilną.” (pkt 4 str. 5 i 6 odwołania)

– nie wykazał naruszenia przez zamawiającego wskazanych w zarzutach odwołania przepisów prawnych.

Przepisy art. 14 ust. 1 i 139 ust. 1 ustawy Pzp są to przepisy odsyłające do stosowania przepisów Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej, w pierwszym przypadku, w zakresie czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w drugim przypadku, do umów w sprawach zamówień publicznych. Przepisy te, przez odesłanie do odrębnych przepisów prawa materialnego, nie mogły zostać naruszone. Wskazanie naruszenia art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, nie ma uzasadnienia wobec potwierzonego w doktrynie i orzecznictwie ograniczenia możliwości ułożenia stosunku prawnego przez strony umowy w zakresie zamówień publicznych według swego uznania, które to ograniczenie wynika z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp (przepisy Kodeksu cywilnego stosuje się do umów w sprawach zamówień publicznych, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej).

Zasada swobody umów wyrażona w art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego – strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego – wymaga konsensusu dwóch stron, co jest charakterystyczne dla umów zawieranych na innych podstawach niż umowy w sprawie zamówień publicznych.

Zasada ta doznaje ograniczenia w zamówieniach publicznych na skutek: -zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, -zamawiający określa zasady, według których chce zawrzeć umowę, -strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej: „*istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne*

*warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach”.*

Z przepisu wynika nie tylko zobowiązanie zamawiającego do ustalenia warunków umowy już na etapie udostępnienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale również uprawnienie do ukształtowania warunków zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Wskazuje na to treść przepisu: *„jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach”.*

Zatem, ustawodawca nie przyznając zamawiającemu prawa do swobodnego wyboru kontrahenta, jednocześnie ustanowił na rzecz zamawiającego prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, zabezpieczających interesy zamawiającego i interesy publiczne (podobnie w wyroku z dnia 13 marca 2013 r., sygn. akt KIO 448/13).

Przywołane w odwołaniu przepisy Kodeksu cywilnego – art. 863 § 1 i 2 stanowiące: *„Wspólnik nie może rozporządzać udziałem we wspólnym majątku wspólników ani udziałem w poszczególnych składnikach tego majątku. W czasie trwania spółki wspólnik nie może domagać się podziału wspólnego majątku wspólników”*, nie wskazują potwierdzenia zarzutu przedstawionego w pkt 1 odwołania w powiązaniu z żądaniem odwołującego dokonania zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia o treści wskazanej wyżej.

Izba podziela stanowisko wyrażone w uchwale z dnia 26 lutego 2014 r., sygn. akt KIO/KD 10/14, że spółka cywilna jest stosunkiem o charakterze zobowiązaniowym (umową) zawartym pomiędzy co najmniej dwoma podmiotami. Nie posiada zdolności sądowej i procesowej, upadłościowej, układowej ani wekslowej. Nie posiada także statusu przedsiębiorcy ani w rozumieniu art. 43<sup>1</sup> kc, ani art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Przedsiębiorcami są natomiast jej wspólnicy w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Zgodnie z art. 2 pkt 11 ustawy Pzp wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Spółka cywilna nie posiada statusu wykonawcy w rozumieniu przywołanego przepisu. Stosownie do art. 860 kc, znajdującego zastosowanie na mocy art. 14 ustawy Pzp, spółka cywilna jest stosunkiem prawnie-zobowiązaniowym, którego istotą jest dążenie do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. Spółka taka jest jedynie umową zawartą przez jej wspólników, a żaden przepis Kodeksu cywilnego nie przyznaje zdolności prawnej odrębnej od zdolności jej wspólników, tak jak ma to miejsce w przypadku jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, o których mowa w 33<sup>1</sup> kc. Uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawcami w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp, są wspólnicy spółki cywilnej, których udział w postępowaniu traktowany jest jako wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 23 ust. 1 Pzp.

Przepisy art. 23 ustawy Pzp stanowią: „1. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. 2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. 3. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1. 4. Jeżeli oferta wykonawców, o których mowa w ust. 1, została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców. 5. Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców, o których mowa w ust. 1, warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne. 6. Zamawiający może określić warunki realizacji zamówienia przez wykonawców, o których mowa w ust. 1, w inny sposób niż w przypadku pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne.”

Oceniając powyższe, Izba wskazuje, że możliwość złożenia oferty wspólnej przez kilku wykonawców wynika z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp – odpowiednio art. 4 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114), w celu połączenia kompetencji i doświadczenia partnerów, jak również rozłożenia ryzyka przedsięwzięcia pomiędzy wszystkich uczestników porozumienia. Ponadto, wprowadzenie możliwości składania oferty przez więcej niż jeden podmiot ułatwia ubieganie się o zamówienie publiczne małym i średnim wykonawcom, często nie będącym w stanie samodzielnie spełnić warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego.

Przepisy ustawy Pzp nie narzucają na żadnym etapie postępowania formy prawnej, jaką powinni przyjąć wykonawcy ubiegający się wspólnie o zamówienie publiczne. Ustawodawca pozostawił swobodę wyboru formy najbardziej odpowiadającej interesom podmiotów zawierających porozumienie. Najczęściej wybieraną formą złożenia oferty wspólnej jest konsorcjum zawiązane w celu złożenia oferty wspólnej, jest stosunkiem obligacyjnym pomiędzy partnerami, ma zatem charakter wewnętrzny i nie występuje na zewnątrz jako odrębny podmiot. W konsekwencji stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego zawieranej z zamawiającym nie jest odrębna struktura podmiotowa, a wszyscy członkowie konsorcjum.

Podobną sytuację prawną przedstawia spółka cywilna, która na gruncie prawa cywilnego nie jest podmiotem praw i obowiązków odrębnych od wspólników, a jedynie wielostronnym stosunkiem zobowiązaniowym łączącym wspólników. Dlatego przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej na gruncie

ustawy Pzp należy traktować jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Art. 23 ust. 2 ustawy Pzp nakłada na wykonawców składających ofertę wspólną obowiązek ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 23 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców. Wskazany przepis stwarza zamawiającemu możliwość żądania umowy konsorcjum, nie nakłada natomiast na zamawiającego takiego obowiązku.

Zgodnie z art. 141 ustawy Pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wynika z tego, że zamawiający może żądać całości lub części realizacji umowy oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania zobowiązania w całości lub w części od wszystkich partnerów konsorcjum łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie zamawiającego przez któregokolwiek z konsorcjantów zwalnia pozostałych. Ponadto, wszyscy konsorcjanci pozostają zobowiązani, aż do zupełnego zaspokojenia zamawiającego w zakresie obowiązków wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego (na podstawie opinii z Informatora Urzędu Zamówień Publicznych, czerwiec-lipiec 2011, nr 6-7, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)).

W opinii prawnej *Możliwość zawarcia umowy spółki cywilnej przez członków konsorcjum po zawarciu umowy o zamówienie publiczne* – Opinie prawne - Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 8/2010, przywołanej przez odwołującego w odwołaniu, wskazano m.in.: „(...) to wspólnicy spółki cywilnej, a nie – spółka, są podmiotami praw i obowiązków z tytułu prowadzonej działalności. Dlatego przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej na gruncie ustawy Pzp należy traktować jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Oznacza to również, że spółka cywilna nie może być stroną umowy o udzielenie zamówienia publicznego, a umowa taka może zostać zawarta wyłącznie ze wspólnikami spółki cywilnej, gdyż tylko oni posiadają podmiotowość prawną.”

Z przepisów ustawy o podatku od towarów i usług wskazanych w odwołaniu:

- art. 15 ust. 1 „Podatnikami są osoby prawne, jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej oraz osoby fizyczne, wykonujące samodzielnie działalność gospodarczą, o której mowa w ust. 2, bez względu na cel lub rezultat takiej działalności”;
- art. 106b ust. 1 „Podatnik jest obowiązany wystawić fakturę dokumentującą (wyszczególnione elementy faktury);

- art. 106e ust. 1 „Faktura powinna zawierać: 3) imiona i nazwiska lub nazwy podatnika i nabywcy towarów lub usług oraz ich adresy; 4) numer, za pomocą którego podatnik jest zidentyfikowany na potrzeby podatku, z zastrzeżeniem pkt 24 lit. a (poprzedzony kodem PL)”

– nie wynika, że w przypadku realizacji zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy Pzp w formie spółki cywilnej, rozliczenia finansowe z zamawiającym mogą być dokonywane bezpośrednio przez spółkę cywilną, w sytuacji gdy wspólnicy spółki cywilnej, a nie – spółka, są podmiotami praw i obowiązków z tytułu prowadzonej działalności i są stroną realizowanej umowy.

Reasumując powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, nie znajdując uzasadnienia do uznania naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów prawnych wyżej przedstawionych, w tym art. 7 ust. 1 ustawy i nakazania zamawiającemu żądanej zmiany SIWZ.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238, z późn. zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis w kwocie 20 000 zł uiszczony przez odwołującego oraz zasądziła na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) i dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby (150 zł) na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

**Przewodniczący: .....**